

法律今典译丛

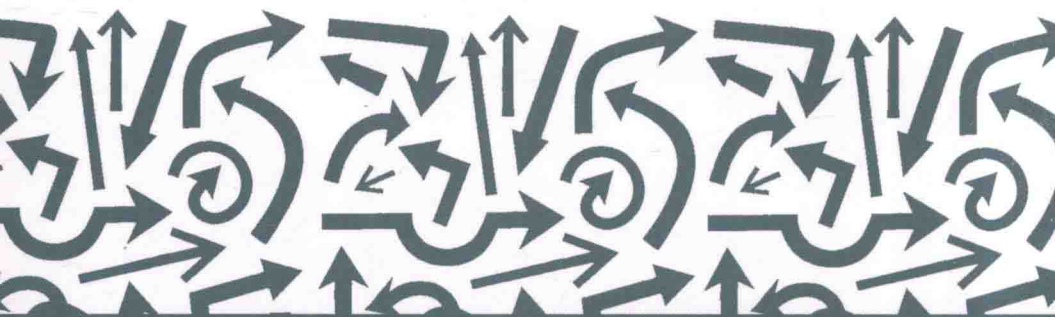


知识产权法在经济结构

(中译本第二版)

The Economic Structure of
Intellectual Property Law

〔美〕威廉·M.兰德斯 理查德·A.波斯纳 著 金海军 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律今典译丛



The Economic Structure of
Intellectual Property Law

知识产权法的经济结构

(中译本第二版)

[美] 威廉·M. 兰德斯 (William M. Landes) 著
理查德·A. 波斯纳 (Richard A. Posner)

金海军 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2016-4361 号

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法经济结构 / (美) 威廉·M. 兰德斯, (美) 理查德·A. 波斯纳著; 金海军译. —2 版. —北京: 北京大学出版社, 2016. 8

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-27407-1

I. ①知… II. ①兰… ②波… ③金… III. ①知识产权法—研究—美国 IV. ①D971.234

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 188409 号

THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

by William M. Landes & Richard A. Posner

Copyright © 2003 by the President and Fellows of Harvard College

Published by arrangement with Harvard University Press

Simplified Chinese translation copyright © 2016

ALL RIGHTS RESEVED

书 名 知识产权法经济结构(中译本第二版)

ZHISHI CHANQUANFA DE JINGJI JIEGOU

著作责任者 [美] 威廉·M. 兰德斯 理查德·A. 波斯纳 著
金海军 译

责任编辑 王 晶

标准书号 ISBN 978-7-301-27407-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 35.5 印张 530 千字
2005 年 5 月第 1 版

2016 年 8 月第 2 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

定 价 69.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: ld@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

中译本第二版序言

《知识产权法的经济结构》英文原版于 2003 年由哈佛大学出版社出版,北大出版社于同年 10 月即获得翻译授权,余亦得以受邀独任译事。此后费时一年有半,历经翻译、编辑、校稿、咨询各阶段诸位齐心协力,中译本遂于 2005 年初夏时节问世。今时过十年,北大社准备以重排本再版,这就给译者一个机会,得以再次通读全书,细加校勘。冬去夏至,校译诸事告竣,现据相关资料,可以大概地谈谈本书作者以及本书问世以来的一些情况,以裨理解。

一、关于作者

本书作者是兰德斯教授与波斯纳法官,均为法和经济学的芝加哥学派(Chicago School)的健将。波斯纳法官,无论在美国、中国还是其他国家,都是大名鼎鼎,几乎就是法和经济学派的化身。而国内学界谈起法律的经济分析,似亦言必波斯纳。“波斯纳在哈佛法学院就读时的成绩优异,毕业后先到加州的斯坦福大学任教;然后,他接触了一些芝加哥学派的经济学者,感受到经济思维的趣味。1969 年,他转往芝加哥法学院,直接和芝加哥学派的经济大师们展开辩论。然后,这位优秀的法律学者,先变成优秀的经济学者,再进一步成了推展‘法律经济学’的大将;2003 年,他几乎是执这个新兴领域牛耳的掌门人。”^{〔1〕}在他最近刊布网络的一份长达 192 页的简历上,胪列学术种种,其著述之丰,恐无人能及。^{〔2〕}截

〔1〕 熊秉元:《正义的成本—当法律遇上经济学》,东方出版社 2014 年,第 77 页。

〔2〕 劳伦斯·莱西格曾评价道:“他是著述最丰的联邦法官,前无古人。任职于上诉法院,仍属最高产的法学家之列,同样前无古人。如果以引证率测度影响力,那么当仁不让,波斯纳是在世的最有影响的法学家。”参见波斯纳:《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社 2010 年版,封二“作者简介”。

至2015年7月,波斯纳出版图书64本,其中,他的第一本著作即1973年出版的《法律的经济分析》(*Economic Analysis of Law*),到2014年已经修订至第9版,成为法和经济学领域的权威教科书;而其自芝加哥大学执教开始迄今四十多年间,共发表学术论文316篇,另有大量书评、短文不计在内。^{〔3〕}1981年,波斯纳获得里根总统提名并经参议院表决通过而出任美国第七巡回上诉法院法官,至今将近三十五年。因其专职由法学教授而变为联邦巡回法官(circuit judge),故世人多以波斯纳法官相称。他也一直在芝加哥大学法学院教课,但依例只能称之为“senior lecturer”,姑且译为“资深讲师”,不过,这一职位绝非一般教授可比,更不可以当今所谓的“学者型法官”衡之。在这35年左右的时间里,波斯纳法官撰写的判决书达880多份之巨。^{〔4〕}本书曾经提到,法官撰写的判决书是没有著作权的,诚然,如果根据他人对法官的判决意见的使用,例如引用这些判决的情况而决定法官的报酬,那么司法判决书的质量可能会有很大提高(参见本书边码第15页^{〔5〕})。英美法系法官撰写的判决书,从引证方式与表达内容来看,实不亚于一篇论文,而波斯纳法官的不少判决也确已成为著名判例,被广为引用。因之,波斯纳横跨人文社科各界的学术气度,审案判决与撰著学问俱为一流的气势,实堪比伟大的霍姆斯大法官。^{〔6〕}

波斯纳法官的光芒如此闪耀,或许难免遮掩住本书的另一位作者。但事实上,威廉·兰德斯教授对本书,乃至在他们的其他诸多学术合作中的贡献,绝对毫不逊色。鉴于兰德斯教授在国内往往不太为人所识,故需在此着重介绍一下他的学术经历。

兰德斯在青少年时期入读纽约市音乐艺术高中(High School of Music & Art in New York City),他自嘲是因为没有艺术天分

〔3〕 参见芝加哥大学法学院官网 <http://www.law.uchicago.edu/files/cv/posner-july-28-2015.pdf>.

〔4〕 参见同上注。这些判决的案件名称依时间先后列于该简历的第53页至第192页,这里是依每页大约包含22个案件而估算的数量。

〔5〕 以下括注页码无特殊说明均为本书的边码。

〔6〕 《芝加哥大学法律评论》在2007年出版专辑,纪念波斯纳担任联邦法官25周年。参见 Douglas G. Baird, “The Young Astronomers”, 74 U. Chi. L. Rev. 1641 (2007).

而最终在选择大学时弃艺从文,入读哥伦比亚大学。但年轻时长期的艺术训练和熏陶还是令他受益终生,因为他感到,任何作品都必须要有创造性与想象力,而这也影响到他后来对学术道路和研究主题的选择。在大学三年级时,兰德斯选定修读经济学课程。导致他转向经济学的原因,居然是他对当时主流观念的怀疑:一是认为微观经济学的假设不具有现实性,故不能解决现实世界中的问题;二是教授们将广告斥之为巨大的社会浪费。大学毕业后,兰德斯投身华尔街做股票经纪人,但数月下来,他就开始觉得还是在大学里比较有意思,于是到哥大研究生院,开始半工半读。在研究生课程中,有一次他旁听了加里·贝克尔(Gray Becker)教授^[7]的课,才感受到“真正的经济学家的训练”,从而领悟到简化而描述性的经济学假设所带来的思维乐趣和益处,这也让他学会了如何用简单的模型来描述现实世界中的问题,而这样的模型就为系统性思考公共政策和法律提供了一种方法。^[8]于是,在贝克尔教授的指导下,兰德斯开始以“干中学”(learning by doing)的方式,以关于公平雇佣法是否提高了非白人群体的经济地位为题,学习如何建立模型、实证调查和做回归分析。他最终完成这篇博士论文,于1966年获得哥大经济学博士学位。

在20世纪60—70年代,法和经济学还属于一种广义上的研究领域,研究者也主要是经济学家,他们偏重于对市场的法律管制,以及在反托拉斯案件中的商业实践做经济分析。但是,兰德斯所设想的法和经济学则是狭义上的。为加以区别,他称之为“新”法和经济学,亦即以罗纳德·科斯关于社会成本的那篇论文^[9]作为开始标志的研究领域。这样构建起来的法和经济学,其主场就从经济系转到了法学院。^[10]

在早期的学术生涯中,兰德斯曾任教于美国多所大学的经济

[7] 加里·S. 贝克尔(1930—2014),美国著名经济学家,芝加哥大学教授,1992年获诺贝尔经济学奖。

[8] William Landes, “The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay”, *The American Economist* Vol. 41, No. 1 (Spring, 1997), pp. 31—42.

[9] Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960).

[10] William Landes, “The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay”, *The American Economist* Vol. 41, No. 1 (Spring, 1997), pp. 31—42.

系。根据其简历介绍,他 1965—1966 年任斯坦福大学经济学助理教授,1966—1969 年任芝加哥大学经济学助理教授,1969—1972 年任哥伦比亚大学经济学副教授,1972—1974 年任纽约城市大学经济学副教授。不过,他的学术研究重心却一直放在法和经济学上面,最初的研究主要是诸如刑事案件中的辩诉交易(他称之为真正的“囚徒困境”[prisoner's dilemma])和民事诉讼和解之类的与法院以及诉讼相关的课题。他的“不务正业”也引来经济系资深教授的劝告,好在他的导师贝克尔教授对此给予大力支持。1968 年,兰德斯就从芝加哥回到纽约,并于次年正式加入美国国家经济研究局(National Bureau of Economic Research,简称 NBER),而这一工作变动也给予其更加自由的研究空间。1971 年,NBER 正式成立法和经济学研究组,成员除了兰德斯,还包括贝克尔、艾萨克·埃利希(Isaac Ehrlich,他也是贝克尔的学生)和波斯纳。波斯纳时任芝加哥大学法学教授。兰德斯认为,波斯纳的加入填补了该研究小组的学术空白,大大开拓了他们这些经济学家的研究范围,因为此前他们的研究只是集中于犯罪与法院,而现在由于成员之间的不同专业背景,才真正形成了法学与经济学的交叉研究。^[11]他们这种合作模式,一直延续至今,并且对两人今后的学术研究影响至深。

几经辗转,兰德斯终于在 1973 年收到芝加哥大学法学院发出的终身教职邀请,回到了他梦寐以求的地方,这里也成为他学术生涯的归宿之地。彼时的芝加哥大学,经济学大师云集,贝克尔(1992 年)、科斯(1991 年)、斯蒂格勒(1982 年)、弗里德曼(1976 年)等先后获得诺贝尔经济学奖。而芝加哥大学法学院,一直就有邀请经济学家担任教员的传统,比如,在兰德斯之前,就有赛门斯(Henry Simons)^[12]、迪雷克托(Aaron Director)^[13]和科斯加盟法

[11] William Landes, "The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay", *The American Economist* Vol. 41, No. 1 (Spring, 1997), pp. 31—42.

[12] 亨利·C. 赛门斯(1899—1946),一译“西蒙斯”或“赛蒙”,美国著名经济学家,1938—1946 年任芝加哥大学经济学教授,被迪雷克托看作“芝加哥学派”最早的领袖。

[13] 艾伦·迪雷克托(1901—2004),芝加哥大学法学院教授,1958 年创办《法和经济学杂志》(*Journal of Law & Economics*),对法和经济学影响至巨,被称为“大师们的老师”。

学院。1974 年至今,兰德斯一直任教于芝加哥大学,其间于 1974—1980 年担任经济学教授,1980—1992 年任克里夫顿·R. 马瑟(Clifton R. Musser)经济学讲座教授,1992—2009 年任克里夫顿·R. 马瑟法和经济学讲座教授。他在 2009 年退休之后,任克里夫顿·R. 马瑟法和经济学荣休教授。而科斯在 2013 年去世之前所担任的,也是克里夫顿·R. 马瑟法和经济学荣休教授。^[14] 兰德斯与科斯的交叠,正说明他们在精神与现实层面一定有着种种的交汇。如前所述,兰德斯认为,法和经济学就应当从科斯那篇论文开始,而他们在芝加哥大学先后担任的,又是同样名称的讲座教授。这似乎反映了他们的学术传承,然而对于法和经济学的基础及其功能,两者却有着不同的认识。或许由于年龄相仿和此前在 NBER 的合作经历,兰德斯与波斯纳,一位经济学有与一位法学家,倒是理念颇为相契,也就有了更多的学术合作。

根据兰德斯教授的简历,他迄今为止共出版图书 6 本。而其中最具分量的三本是 1987 年的《侵权法的经济结构》(*The Economic Structure of Tort Law*)、2003 年的本书以及 2013 年的《联邦法官的行为:理性选择的理论与实证研究》(*The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*)。有意思的是,这三本书均系与波斯纳合作完成(最后一本加入另一位合作者 Lee Epstein),并且都是由哈佛大学出版社出版。

二、关于本书

本书是两位作者继 1987 年出版关于侵权法的经济分析的专著^[15]之后,转向知识产权法领域进行合作研究而形成的成果汇集。

[14] 这里需要说明的是,本书中文版在初次印刷时,“译后记”开头第一段在排版时出现错误,致使国内部分读者误认“兰德斯”为“科斯”,鲁鱼亥豕,误使人把冯京当马凉。这一误植在本书第二次印刷时已予更正,但仍不啻为一次严重警告。

[15] William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press 1987。该书中译本为《侵权法的经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社 2005 年版。

由于两本书的标题结构非常相似,很容易被人认为是同一个系列的丛书。^{〔16〕}“尽管这两本书同属于在其各自法律领域的第一本经济分析专著”(第10页),但事实上,除了它们在作者、出版社、名称上具有相同性,两书在主题与内容上是完全不同的。

作者在导论中提到,他们是在此前发表的一系列相关论文的基础上“进行了广泛的修订,包括更新数据、重新编排、扩写和反思”并最终成书。他们最早的一篇是1987年发表的关于商标法的经济分析的论文,而后逐步扩展至著作权法、商业秘密、专利法、专利法院、反托拉斯法等几乎是知识产权法的全部领域。从全书结构来看,大致可分为四个部分:

- (一) 关于一般财产权与知识产权的法律基础与哲学基础(第1章);
- (二) 对各类知识产权的经济分析(第2—11章、第13章);
- (三) 对联邦巡回法院的分析(第12章);
- (四) 反托拉斯法与知识产权政治经济学(第14、15章)。^{〔17〕}

显然,本书的重心是在第二部分,其篇幅也占全书三分之二以上。不过,本书的中心却是在第1章中所提出的问题。“贯穿全书,我们对相关案件、法律规定与原则进行考察的立场就是:它们在经济意义上是否有效率;如果不是,可以如何让它们变得有效率。”(第4页)。这个关于如何让知识产权法有效率的问题,就等同于如何为知识产权划定界线的问题,译者称之为知识产权的基本问题。^{〔18〕}如果说他们最初还致力于介绍和传播以经济学方法分析知识产权法的基本知识的话,那么,其后期研究重心则转移到对前述基本问题的回答上来了。因此,在本书当中,除了能够让人比较全面地领略那种“以经济学方法解析一切法律问题”的波斯纳-兰德斯风格之外,还可以特别注意到他们对这个基本问题的回答。

〔16〕 加州大学伯克利分校信息经济学教授布朗斯坦在一篇书评中就有这样的看法。参见 Yale M. Braunstein, “Book Review”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 42, No. 4 (Dec., 2004), pp. 1147—1149.

〔17〕 同上注。

〔18〕 金海军:《知识产权的界线划在哪里——〈知识产权法的经济结构〉再读记》,载《电子知识产权》2005年第12期。

不过,他们在此问题上提出了新的方法和见解,但一如他们的前辈那样,他们也无法给出完整而确定的答案。因此,这恐怕仍然是一个问题!

兰德斯和波斯纳在书中借助物质财产的法和经济学模型,来考察知识产权法的一般原理以及基本问题。“财产的经济理论”既是本书第一章,也是其全部讨论的基础。无论是普通法系的财产法还是大陆法系的物权法,关于物质财产的法律制度已经相当健全,而产权经济学亦属经济学的基础,因此,以此切入来分析知识财产权,无疑是最便捷,也是最有效的路径。人们对于知识财产应当像物质财产那样享有财产权,对此命题的论证方法有多种。西方的知识产权法教材一般都将证明知识产权正当性的经典论述,首先追溯到约翰·洛克的《政府论》(1690年)下篇,这被后来者称为财产权的“劳动成果理论”。继而求诸黑格尔《法哲学原理》(1820年)中关于财产的“人身自由理论”。不过,兰德斯和波斯纳显然“对于知识产权的非经济学理论是否具有更强的解释力或者规范意义”表示怀疑(第5页),从而竭力推崇他们那套经济分析方法,因为“经济学使法律得到很大的简化。……经济分析得以让人们整体把握知识产权法,存在于不同领域和案件中的许多共同点,就与它们之间的重大差别一起而为人们清晰所见”(第420页)。事实上,无论在道德层面还是在经济理论上,亦无论根据洛克、休谟、康德和黑格尔,还是按照斯密、边沁、庇古和陶西格,要证明为什么必须对知识财产赋予产权的效力,亦即知识产权的正当性并不难。^{〔19〕}那么,兰德斯和波斯纳在本书中的贡献又在哪里呢?他们的首要贡献是从产权经济学的角度,比较系统地阐述了知识产权之于物质财产权的共性和关联,也突出强调了两者之间的差别,从而解释了知识产权法律制度之有别于物权法/财产法的根本原因。

法和经济学对于产权制度的常规论证方法就是所谓的“成

〔19〕 关于知识产权正当性的最新争议,参见 Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press 2011; Mark A. Lemley, Faith-Based Intellectual Property, 62 *UCLA L. Rev.* 1328 (2015).

本—收益”分析(cost-benefit analysis),并据此认定某一制度究竟是否符合效率,进而有无正当性。他们提出,财产权的收益分为静态收益和动态收益,前者是指财产权制度减少了交易成本(以法律规则来替代产权人与全体第三人的谈判与交易),后者是指财产权提供了激励(获得将来收益的稳定预期)。财产权的成本在于:转让该权利的成本(交易成本);寻租成本;保护成本。这种分析对于物质财产(动产和不动产)而言,其产权的效率是非常明显的,即物质财产的产权制度保证权利人有效地利用其财产,并实现稀缺资源的有效配置。在法和经济学著作中通常假设的例子,就是所谓的“公地悲剧”(tragedy of commons),而实证的例子就有英国的“圈地运动”(第12页)。但是,对于知识财产而言,则需作进一步的分析,因为“知识产权趋向于比物质财产的权利而需要更大的成本”(第21页)。知识产权的高成本表现在:其一,由于交易对象难以界定,所以交易成本较高。著作权法关于作品的定义、实质性相似的规定,专利法规定的专利申请审查、权利要求书、等同原则等,就是相应的制度设计。其二,寻租成本相对高得多,尤其在专利领域。相同的发明只能将专利授予最先完成发明者或者最先提出申请者,其余作出相同发明的人,哪怕晚一天也不可能取得产权。这样就形成了“赢家通吃”(win-take-all),而非双赢(win-win)的游戏规则,由此产生的租值当然要高得多,这甚至被比喻为“专利竞赛”(patent race)。其三,知识产权由于其对象的特性,而且具有公共产品(public goods)的特征,所以其保护成本趋于特别高昂。

鉴于此,“我们可以期望知识产权法努力地减少这些权利的成本……方法之一,就是对知识产权施加在物质财产领域中所没有的限制”(第21页)。但是,这样的限制或者界线应当被确定在何处?而且,这样的限制规定,是否会涉及更深层的问题?正如兰德斯和波斯纳在书中所提出的,“政府在知识财产上有着比在物质财产上更深的涉入,就使得把理所当然被认为享有美誉的土地和其他物质财产的财产权制度不加批判地外推至知识财产领域的做法充满了危险”(第36页)。

兰德斯和波斯纳在书中也承认,在如何为知识产权划定界线的问题上存在着实证研究的欠缺。“在决定应当承认某一知识产

权的宽窄范围时,理想的做法是对不同的知识财产形态进行分类,其标准是承认与不承认这样一种权利时可能被生产的产量,并且只对那些当未承认该权利时其产量将严重达不到最佳状态的种类才授予该权利。……令人遗憾的是,为这样一种分类所必需的实证研究从未进行过”(第24页)。

在随后展开的各章中,他们着重探讨的诸多问题就包括著作权保护期限、如何确定权利对象(作品、发明等)的范围、行使权利的范围等。兰德斯和波斯纳在该书中也多处进行了理论和实证的研究,比如美国联邦巡回上诉法院对专利案件的专属管辖权、合理使用制度、著作人身权等。他们试图从一般理论到具体制度,来论证知识产权的界线。他们强调了知识产权的基本问题,并以独特的视角和方法进行了可贵的探索,也得出了一些尽管不同于现行知识产权制度,但着实令人思考的结论。也许我们并不能从中得到明确完整的答案,也许反而因此带来了更多的问题,但是,正如德国数学家希尔伯特(David Hilbert)所说:“只要一门科学分支能提出大量的问题,它就充满着生命力,而问题缺乏则预示着独立发展的衰亡和终止”,问题的价值和魅力恐怕就在于此。^[20]

另外还需谈谈本书的表达方式。有评论认为,本书集中于对知识产权的经济分析而非法律分析,这在一定程度上可能解释了它的可读性(readability)。^[21]但是,作者在作经济分析时,也不可避免地使用了若干方程式或数学等式,还有几份进行回归分析的表格,这些对于非经济学或者统计学专业的读者来讲,可能会构成一定的阅读障碍。正如霍金在《时间简史》中曾经提到,“有人告诉我,我放在书中的每一个方程式都会使本书的销售量减半,为此我决定一个方程也不用。”^[22]霍金介绍的是如此高深而前沿的物理学问题,如果不用方程式确实存在一定的挑战。“现代科学变得如此

[20] 转引自金海军:《知识产权的界线划在哪里——〈知识产权法在经济结构〉再读记》,转《电子知识产权》2005年第12期,以上七段均引自该文,并略有调整。

[21] Yale M. Braunstein, “Book Review”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 42, No. 4 (Dec., 2004), pp. 1147—1149.

[22] 斯蒂芬·霍金:《时间简史——从大爆炸到黑洞》,许明贤、吴忠超译,湖南科学技术出版社1996年版,第6—7页。

之技术化,以至于仅有极少数的专家能够掌握解释这些问题所用到的数学。不过关于宇宙的起源和命运的基本概念则可以离开数字,以一种没有受过科学训练的人也能理解的形式来加以陈述。”^[23]那么,经济学家能否把法和经济学的问题,以一种没有受到专业训练的人也能理解的形式加以表达呢?

事实上,最近以来,在经济学领域确实存在着“数学崇拜”的现象,并且正受到人们的反思与批评。一些经济学家“似乎只要建了模型,就认为研究方式和结论便有了充分的正当性”,他们“疏于追求真相,反而被光鲜的数学外衣迷得晕头转向”。反思之后的结论是,经济学家们应该借助更加直接、易懂的语言来展现他们所擅长的知识。^[24]

好在本书借助于经济分析的这些数学工具,都是建立在真实而具体的统计数据、司法案例与法律规则之上的,由此进行实证分析,倒并非为了“炫耀其科学性”。而且,两位作者文笔流畅,笔力矫健,在很大程度上缓解了前面所提到的理解困难,当然也就增强了本书的可读性。第二巡回上诉法院勒瓦尔法官(Pierre N. Leval)在评价本书时,曾经幽默地提到了一个方程式:“某一天,爱因斯坦在一块写满了奥妙演算的黑板旁深思良久,而后得出了这样一个生活化的发现: $\text{Time} = \$ \$$ 。兰德斯与波斯纳就扮演了神话中爱因斯坦的角色,他们从各个方面揭示了经济效率的概念如何盛行于法律规则之中。”(参见本书封底评语)。无独有偶,霍金在《时间简史》一书中,最终也还是用到了一个方程式,那就是爱因斯坦著名的方程 $E = mc^2$,尽管他还为此担忧“这个方程不会吓跑一半我的潜在读者”。^[25]事实证明,《时间简史》成为风靡全球的畅销书,至今不衰;希望本书的这些方程式也不会“吓跑潜在的读者”。

[23] 斯蒂芬·霍金:《时间简史—从大爆炸到黑洞》,许明贤、吴忠超译,湖南科学技术出版社1996年版,第6—7页。

[24] 参见斯扬编译:《经济学家的数学崇拜》,载《文汇学人》2016年4月15日。

[25] 斯蒂芬·霍金:《时间简史—从大爆炸到黑洞》,许明贤、吴忠超译,湖南科学技术出版社1996年版,第7页。

三、本书之后及其影响力

自本书出版之后,两位作者的学术研究重心再次转向,转移到对于法官行为与理性选择的研究上,这些也构成了他们在 2013 年出版的另一本著作的基础。但是,在此期间,他们还是有少量的一些论著涉及知识产权法的经济分析,兹列于此。

波斯纳法官曾于 2007 年出版一本小册子《论剽窃》^[26],此外还有几篇论文,主要是对因美国著作权法修改延长作品保护期所引发的 *Eldred v. Ashcroft* 案^[27]进行评析^[28],另有一篇文章是与兰德斯合作的关于专利法院的实证分析^[29],以及一篇关于知识产权法和经济学方法的综述。^[30]

在本书之后,兰德斯教授也有几篇论文涉及知识产权法的经济分析。除了前述与波斯纳合作的那一篇之外,他的论文主要是集中在 2003—2004 年的数篇,均涉及侵犯著作权的间接责任问题。^[31]此外,在波斯纳担任联邦法官 25 周年的纪念特辑(2007 年)中,兰德斯曾撰文,对波斯纳所撰写的“豆豆娃”(Beanie Ba-

[26] Richard Posner, *The Little Book of Plagiarism* (Pantheon Press, 2007)。波斯纳《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社 2010 年版。

[27] *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

[28] Richard A. Posner, "The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law, and Judicial Technique in *Eldred v. Ashcroft*," 2004 *Supreme Court Review* 143; Richard A. Posner, "How Long Should a Copyright Last?" 50 *Journal of the Copyright Society of the U. S. A.* 1 (2003); Richard Posner and William F. Patry, "Fair Use and Statutory Reform in the Wake of *Eldred*," 92 *California Law Review* 1639 (2004).

[29] Richard A. Posner and William M. Landes, "An Empirical Analysis of the Patent Court," 71 *University of Chicago Law Review* 111 (2004).

[30] Richard A. Posner, "Intellectual Property: The Law-and-Economics Approach," *Journal of Economic Perspectives*, Spring 2005, p. 57.

[31] William M. Landes, "Indirect Liability for Copyright Infringement: Napster and Beyond," 17 *Journal of Economic Perspectives* 113 (2003); William M. Landes and Douglas Gary Lichtman, "Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective," 16 *Harvard Journal of Law and Technology* 395 (2003).

bies)系列知识产权案件^[32]的判决加以经济学分析。^[33] 兰德斯在正式评论之前写下这样一段话,向波斯纳法官致敬:“如果有一位法官,他热爱小动物,认为知识产权是经济学中的一个具有挑战性的范畴,并且视写作为一种消遣,然后在3年时间内就Ty公司一种名为‘豆豆娃’的毛绒玩具所引发的著作权与商标案件而连续写出4份判决,还有比这更有趣的吗?”^[34] 兰德斯当然完全赞同波斯纳法官的判决,但这也毫不奇怪,因为他们在本书的相关之处已经探讨了与此相关的案件,其中清楚地表达了他们共同的观点(第121—122页、第164页、第206页。)。

由此可见,本书作为知识产权法律经济分析的集大成者,已经系统地呈现了两位一流学者的观点与方法。他们的后续无多,而仅有的研究成果,也只能看作是对本书观点与方法的一种验证或者应用。

值得注意的是,本书出版以来给知识产权法学界带来了深远而广泛的影响。我们可以对此作一番实证分析。

2016年7月15日,我们利用Westlaw数据库进行检索,结果如下。首先以“economic structure”/s “intellectual property”/s “posner”/s “landes”为检索关键词,显示总数量为1031篇。其中:Cases:13;Secondary sources:916;Briefs:72;Trial case documents:27;Expert materials:3。

再来看本书在司法判决与学术论文上的引证情况。

其一,在联邦法院的判决中,有13份判决引证了本书,其中,美国最高法院引证本书的判决有5份。^[35] 另有7份是巡回上诉法

[32] *Ty, Inc. v. Publications International Ltd.*, 292 F. 3d 512 (7th Cir. 2002); *Ty, Inc. v. Perryman*, 360 F. 3d 509 (7th Cir. 2002); *Ty, Inc. v. Sofitbelly's Inc.*, 353 F. 3d 528 (7th Cir. 2003); *Peaceable Planet, Inc. v. Ty, Inc.*, 362 F. 3d 986 (7th Cir. 2004)。

[33] William M. Landes, “Posner on Beanie Babies,” 74 *U. Chi. L. Rev.* 1761 (2007)。

[34] 同上注。

[35] *Illinois Tool Works Inc v. Independent Ink Inc.*, 547 U.S. 28 (2006) (涉及专利产品的搭售协议是否合法); *Laboratory Corp. of America Holdings v. Metabolite Laboratories Inc.*, 548 U.S. 124 (2006) (涉案专利是否无效); *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010) (商业方法是否可授予专利); *Golan v. Holder*, 132 S.Ct. 873 (2012) (著作权保护期限延长是否适用于本来进入公共领域的外国作品); *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc.*, 132 S.Ct. 1289 (2012) (涉案专利是否无效)。

院的判决,包括著名的谷歌图书馆案。^[36]这也足证本书对于美国高层法院和法官的影响程度。

其二,在引用本书的 916 篇二手文献中,属于法律期刊论文的有 836 篇。再按照收录这些论文数量较多的法律期刊(这里设定门槛值为 9 篇)进行观察,可以发现,收录论文最多的是《伯克利技术法杂志》(*Berkeley Technology Law Journal*),一共有 29 篇论文引用了本书。这当然可以解释为是因为该杂志属于知识产权专业期刊,本身收录此类论文较多之故。但值得注意的是,在一般性法律评论上,像最著名的《哈佛法律评论》(*Harvard Law Review*)、《耶鲁法律杂志》(*Yale Law Journal*)和《斯坦福法律评论》(*Stanford Law Review*),它们所刊载的论文中,居然各有 11 篇引证过本书。这一点倒也不难理解,因为本书两位作者早在二十多年前就做过一项精彩的实证研究,表明“在美国主流法学期刊中,使用经济分析方法的论文数量要多于使用其他任何方法的文章”。^[37]本书在法学论文中的引证率之高,从一个侧面反映了在美国知识产权法研究中,经济分析方法变得更加普遍与重要。

我国对本书的引用情况如何呢?因为我国法院在裁判案件时不可能引用学术论著,故在司法判决引证方面,无法进行对比。我们来看国内学术论文对本书的引用,这里所依据的是中国知网期刊数据库。

首先看本书英文原版的被引用情况。我们以同时包含“intellectual property”+“economic structure”+“posner”+“landes”进行全文检索,结果显示为 15 篇。据此可知,本书英文原版被 15 篇国内学术论文引用过;其中,各年度的引用情况为:2015 年(2 篇)、2013 年(2 篇)、2014 年(4 篇)、2011 年(2 篇)、2010 年(1 篇)、2009 年(3 篇)、2007 年(1 篇)。其次看本书中译本的被引用情况。我们

[36] *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015)(撰写该案判决的正是勒瓦尔法官)。

[37] William M. Landes and Richard A. Posner, “The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study,” 36 *J. L. & Econ.* 385 (1993)。另参见罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》(第六版),史晋川、董雪兵等译,格致出版社 2012 年版,第 2 页。

以同时包含“知识产权”+“经济结构”+“波斯纳”+“兰德斯”+“金海军”进行全文检索,结果显示为 272 篇。由此可知,本书中译本自 2005 年出版发行以来,已被 272 篇学术论文引用过。看各年度的引用情况分别为:2016 年(10 篇)、2015 年(32 篇)、2014 年(31 篇)、2013 年(34 篇)、2012 年(32 篇)、2011 年(23 篇)、2010 年(21 篇)、2009 年(17 篇)、2008 年(31 篇)、2007 年(25 篇)、2006 年(14 篇)、2005 年(2 篇)。若除掉出版当年只有 2 篇,以及 2016 年只计作半年,那么在其余的十整年当中,引用本书的学术论文共计 260 篇,亦即年均 26 篇。

对照上述关于学术论文引用本书的统计数据,可以发现中美两国学界的若干差别。首先,中国学者在知识产权法研究中运用经济分析的论文数量较少,其次,收录此类论文的期刊级别相对较低。而从本书原版与中译本在国内学术论文中的引用情况看,尽管原版早于 2003 年即已出版,但引用原版的论文最早是在 2007 出现的,而中译本在 2005 年出版后,当年即有论文引用之。并且,国内学者引用中译本的数量远远多于引用原版的数量。这种状况既符合国内在法和经济学上的整体研究水平,也正说明国内极需介绍引进包括本书在内的法和经济学优秀著作。

四、其他说明与致谢

如前所述,本书提出的问题很多,作者对有些问题给出了明确的答案,有些可能只是提供了观察的视角和解决思路,而有些回答则似是而非,甚至争议颇大。答案也许不是最重要的,好的问题与方法或许才是本书的魅力所在。

首先,书中的一些结论仍需经受司法实践的考验。例如,专利到期之后被许可人是否还须向专利权人支付使用费?有人会说,专利既然已经到期,人人皆可免费使用,被许可人自然无需再支付使用费了。美国最高法院在 1964 年 *Brulotte v. Thys Co.* 一案^[38]的判决中认定,专利权人在专利保护期届满之后,不得再强制执行

[38] 379 U.S. 29 (1964)。